

《論 説》

比較法学者たちの饗宴(1)

——『オックスフォード比較法ハンドブック』を読む——

貝 瀬 幸 雄

……in the last 20 years we have seen a true ‘comparative law explosion’

(Jan M. Smits, “Preface”, in: Elgar Encyclopedia of Comparative Law, 2006)

そしてクリストフォロ・ランディーノによって美しく伝えられている、かのプラトンの「カマルドリ論議」Disputationes Camaldulensesがアペニン山腹の栗や樅の林間で歌や音楽を伴いながら行なわれたものであることは人のよく知るところである。当時の学問的雰囲気がいかに社交的であり、そしてまたいかに美的性質を帯びていたかは、これによっても知ることができる。だが、その上になお、このアカデミアの人々が彼等の崇敬するプラトンのために殿堂を建て、その立像の前に灯明を掲げ、あるいは彼の胸像を書院に飾ってこれに月桂冠をのせ、また、彼の誕生日（は同時に彼の死の日と目されていた）を荘厳な儀式と華々しい頌辞とを以って祝ったことを思い合わすならば、我々はますますその感を深くせざるを得ないであろう。私はいまここにこれらのプラトンの誕辰の祝祭の一つについてフィチーノ自身一人の友人に宛てて書いた手紙の一節をここに引用することを禁じ得ない。Prolegomena ad Platonis Symposiumと呼ばれるその手紙の中で彼は言う、「みんな一しょに酒宴をやった後に、プラトンの『シンポジウム』（饗宴）のテキストが論議の種になった。ジョヴァンニ・カヴァルカンティがフェードルスとパウザニアスの演説をやる。ランディーノがアリ

ストファネスの演説。カルロ・マルスッピニがアガトーンの役割を演ずる。トマソ・ベンツィがディオティーマの秘密の意味を説明する……。」そこでは哲学することが一つの著しい演出になっている。そしてすべてこれらのうちにページェントと祝祭とを愛したイタリア・ルネサンスの美的要求が最も特異な姿で現われていると考えられないであろうか。

(林達夫「文芸復興」〔初出は『岩波講座世界思潮』, 1928年〕)

故国についての歴史の最も真正なる研究は、故国を世界史的なものと、そしてその法則と対比し、関連させて考察するものであろう。すなわち、そうした研究の目指すところは、故国を大きな世界全体の一部として考察することであらう。

(ヤーコブ・ブルクハルト〔新井靖一訳〕『世界史的考察』)

Comparative study is best begun by ascertaining the policies and purposes that are served by the rules and principles of one's own laws. These having been established, the jurist can identify the foreign-law rules and principles that address these issues, the extent to which the legal systems in question agree at the level of policy, and, finally, where the systems under consideration hold different policies or purposes, how and why this comes about. The comparative study of law thus raises issues a jurist studying a single legal system's handling of intramural controversies can ignore. A principal merit of comparative study is that it leads the jurist to a deeper and richer understanding of how contemporary societies make and administer law.

(von Mehren, *Adjudicatory Authority in Private International Law : A Comparative Study* [2007] p.3)

一 序 言

マティアス・ライマン (ミシガン大学 Hessel E. Yntema Professor of Law) およ

びラインハルト・ツィンマーマン (マックス・プランク比較法国際私法研究所長, レーゲンスブルク大学私法・ローマ法・比較法史教授) というアメリカおよびヨーロッパを代表する比較法学者両名の共編による, 現代比較法学の水準を示す大著——本文 1396 頁で, 43 編の論文から構成される——『オックスフォード比較法ハンドブック』(Mathias Reimann / Reinhard Zimmermann [eds.], *The Oxford Handbook of Comparative Law* [2006, Oxford U.P.]) を紹介してみたい (マティアス・ライマンについては, 貝瀬・国際倒産法と比較法 [2003 年] 367 頁以下)。本書の編者は, 「序文」において, 法のヨーロッパ化および生活のグローバル化によって, 過去 20 年ほどの間に比較法学は多大の進歩を遂げ, 伝統的な機能的アプローチが再考されて学際的議論がなされた結果, 活気に満ちた知的刺激に富む学問分野となったと指摘する。この『ハンドブック』は現代比較法学の総合的解説をこころみるものであるが, 各論稿は現代比較法学の多様性を反映した多彩な内容となっている (Preface, vi)。

本書は, 歴史的「序論」, 第一部「世界における比較法学の発展」, 第二部「比較法のさまざまなアプローチ」, 第三部「対象に応じた領域」に分かれる。第一部について編者は, 「広く支持されている見解によれば, 現代の形態の比較法学が出現したのは近時のことである。すなわち, 法および法理論のナショナリゼーションを特徴とする 19 世紀および 20 世紀初めに発展したのである。たとえ現代比較法学が法的ナショナリズムに対抗することに貢献したとしても, やはりある程度は後者の影響も受けているのである」とコメントを加える。第二部について, 「第二部はある意味では本書の核となる。第二部の全 18 章は, 比較法をより広く, ひとつの知的企て (an intellectual enterprise) としてとらえる。法律家は, 彼らが比較に従事しているというとき, いったい何をするのか。彼らが採用する方法とアプローチはどのようなものか。比較とは類似性あるいは異別性に焦点を合わせるのか (そうしなければならないのか)。法族ないし法伝統を区分することは説得力があるか。比較法は本質的に移植ないし継受の研究にいたるのか。『混合法系 (mixed legal systems)』の経験から何かを学ぶうのか。比較法の実践的課題は何か。グローバリゼーションが進行する結

果として、比較法はいかなる課題に直面するか。非西洋文化の重要性とは何か。比較法はどのように他の学問分野と関係するのか。どの程度まで比較法は学際的な作業といえるのか。第二部のために依頼された各章は、これらの問題を追求して多少なりとも確信が得られる解答に達している」と編者は述べる（以上、Preface, v-vi）。

第二部で検討されるテーマは、①比較法と比較学、②比較法の機能的な方法、③比較法における類似性ないし異別性（差異）の研究、④比較法族と比較法伝統、⑤移植および継受の研究としての比較法、⑥比較法と混合法体系の研究、⑦比較法と内国法への影響、⑧比較法と私法のヨーロッパ化、⑨グローバル化と比較法、⑩比較法とイスラム（中東）法文化、⑪比較法とアフリカ慣習法、⑫比較法と言語、⑬比較法と法文化、⑭比較法と宗教、⑮比較法と法史学、⑯比較法と社会学的法学研究（socio-legal studies）、⑰比較法と批判的法学研究、⑱比較法と法の経済分析の18編である（本書配列順）。「比較法と法学教育」というテーマも提案されている（本書の書評である Xavier Blanc-Jouvan, 56 *Am. J. Comp. L.* 1075, 1083 [2008]）。第三部では、①比較法における法源および法学方法論、②比較契約法、③比較売買法、④比較不当利得法、⑤比較不法行為法、⑥比較財産法、⑦比較相続法、⑧比較親族法、⑨比較労働法、⑩比較会社法、⑪比較反トラスト法、⑫比較憲法、⑬比較行政法、⑭比較刑法、⑮比較民事訴訟法、⑯比較法と国際私法の各領域を概観する16編の論稿を収める。第三部については、編者が、「比較研究が相当の成果をおさめてきた重要な個別分野」と判断のうえで、選定を行っている（Preface, vi）。

なお、本書に論稿「比較法と内国法への影響」（513頁以下）を寄せているマーストリヒト大学ヨーロッパ私法教授 Jan M. Smits の編集により、本書と同年に『エルガー比較法エンサイクロペディア』（Jan M. Smits [ed.], *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* [2006, Edward Elgar Pub. Ltd.]）が刊行された。オランダ（およびイギリス）の研究者を中心として執筆された70編の小論から構成されており（全782頁）、比較法の目的（Glenn 執筆担当）、その方法論（Örücü 担当）、法族論（Husa 担当）などの伝統的テーマ、コモン・ロー一般

(Samuel 担当) のほかアメリカ・カナダ・イングランド・ドイツ・イタリア・スイス・スウェーデン・スペイン・日本・ロシア・南アフリカ、スコットランドなどの各国法制概観(フランスが欠けている)、憲法・不法行為法一般・民事訴訟法・倒産法・租税法などの各論分野の解説(倒産法には、ライデン大学国際倒産法教授 Bob Wessels が起用されている)、ヨーロッパ民法典(Jansen 担当)・約因(Gordley 担当)・製造物責任(Howells 担当)などの特殊問題の比較研究を含む。各テーマが体系的にではなくアルファベット順に配列されているのが難であるが、巻末索引はきわめて詳細で、各論説末尾の文献リストも充実している。この『エンサイクロペディア』は、本稿が紹介の対象とする『オックスフォード・ハンドブック』に比べ小項目ないし中項目主義であるものの、練達ないし気鋭の執筆者による項目もあり、論文集と評してよい後者を補うには格好の文献であろう(「目的」を担当するグレンは、法文化論の傑作と評される Glenn, Legal Traditions of the World [3rd ed. 2007] の著者である〔五十嵐清「法伝統(legal tradition)とはなにか」鈴木禄弥先生追悼論集 民事法学への挑戦と新たな構築(2008 年) 92 頁参照〕。「アメリカ」の項目は比較法学者ミヒャエルズ Ralf Michaels が担当している。「コモン・ロー一般」「ヨーロッパ民法典」などの項目も有益である)。

二 「序論」および「世界における比較法学の発展」

Ⅰ 本書の「序論」である「ナポレオン法典前の比較法」は、論考「北米における比較法史」を執筆したアメリカの高名な法制史家チャールズ・ドナヒュー Charles Donahue (ハーヴァード大学) が担当している(Donahue, Comparative Legal History in North America: A Report, 65 Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 1 (1997))。ドナヒューは、19 世紀ヨーロッパにおける大法典の編纂により比較法学の基礎が設定されたものとする現代比較法学者の通念に対し、法史学者として疑問を呈し、とりわけ、①フランスの地方慣習法を同質化する必要から、ギイ・コキユ Guy Coquille (1523-1603 年) のような 16 世紀のフランスの法学者たち(ユマニスト)が比較方法を広く利用していたこと(本書 16 頁、

20 頁), ②比較法学者の任務がトップレベルの理念, 中間レベルのリーガル・デイスコース, および実務の比較にあるとすれば, 16 世紀のフランスの法学者たちは現代比較法学の先駆であること (ボローニャで法学教育を受けたコキエーは多様な慣習を比較したうえで “true rule” を探求しており, ユス・コムーネという “supranational body of law” の存在を確信している) (22 頁), ③これら 16 世紀のユマニストから, 1900 年の第一回比較法国際会議で提示された discipline の確立者とされている 19 世紀の著述家にいたるまで, 比較方法の軌跡をかなり明確にたどれること (3-4 頁, 22 頁。自然法学派のプーフェンドルフ, 啓蒙思想家モンテスキュー, ポチエのアプローチがとくに検討されている。プーフェンドルフの比較研究がホップズ理論の制約を受けているのに対し, モンテスキューは法の多様性の地理的・制度的・社会的要因を強調する実証主義者であり, 現代比較法学の比較方法に非常に接近している [26 頁, 31 頁], とドナヒューはいう), ④フランスのユマニスト, 続く自然法学派, モンテスキューのいずれも各法制度の基礎をなす “intellectual contexts” の多様性に対する理解を欠いていたこと (31 頁), などを指摘している。

2 本書第一部「世界における比較法の発展」は, フランス・イタリア・イギリス・アメリカの国別レポートと, ドイツ・スイス・オーストリアを一括して論ずるシュヴェンツァー Schwenzer (バーゼル大学) のレポート, さらに, 中東欧, 東アジア, ラテン・アメリカを対象とするリージョナル・レポートから構成される。スペイン, オランダ, 北欧, 中国などにおける比較法の発展を独自に採り上げる必要はなかったのか (とくにオランダを軽視すべきではない), ドイツの叙述をより充実させるとともに, イギリスは簡潔な解説にとどめてよかったのではないか, といった疑問が生ずるであろう。

(1) 第一部の白眉は, Fauvarque-Cosson (パリ第二大学教授) —— “L'estoppel et la protection de la confiance légitime” (2007) など, 比較法の編著が多い——によるフランス比較法学史「フランスにおける比較法の発展」である (35 頁以下)。同論文 (第一部第一章) によれば, 比較法が長く確固たる伝統を有するフランス——比較法は普遍科学であるが, 各国固有の特色もあり, フラ

ンス法思想一般の発展と密接に結びついたフランス比較法特有のスタイルがある——では、20世紀において比較法の興隆・衰退・ルネッサンス (the rise, the decline, and the renaissance) を目のあたりにした (36頁)。

第一節「フランスにおける比較法の興隆」では、まず比較法学の“pre-miers pas”として、近代比較法学の父モンテスキューに言及し、1804年のフランス民法典の起草者たちがモンテスキューから多大な影響を受け、比較法を広汎に活用していること (40-41頁)、フランス民法典が理性的な普遍法を表わすとする注釈学派の実証的でリーガリスティックなアプローチにもかかわらず、コレージュ・ド・フランスでの比較立法講座の創設、パリ大学の比較刑法講座の創設、比較立法協会 (Société de législation comparée) の創立などの比較法学の発展が19世紀にみられたこと (41-42頁) を指摘する。続く比較法学の“belle époque”の時代では、①普遍法・統一法を志向する独立科学としての比較法の概念を提唱した1900年パリ会議、②比較法の歴史的意義を説くとともに同会議の一般報告書を執筆したサレイユの功績、および、フランソワ・ジェニーの「科学的自由探求」に代わる新しい科学としての比較法を構想したランベールの功績、③これらの比較法理論が法学者を魅了し、比較法の目的は「立法共通法 (droit commun législatif)」の探求に不可欠であると考えられるにいたったこと、④両大戦間のフランス法学者のコモン・ローへの関心の増大、同時期に設立された各種の比較法研究組織へのフランスの研究者の参画 (国連による1926年のUNIDROIT開設、レヴィ＝ユルマン (Lévy-Ullmann) による1932年のパリ大学比較法研究所、André Weiss パリ大学教授を初代会長とする1924年の比較法国際アカデミー創立)、⑤第二次大戦後は比較の対象となる法域が拡大し、比較方法として機能的アプローチが用いられ、類似性よりも差異の探求に重点を置く“pluralistic perspective”にフランスの比較法学者が移行したこと、⑥第二次大戦後は法族論にフランス比較法学者の多大のエネルギーが注がれ、イデオロギーと法技術を分類基準とするルネ・ダヴィッドの『現代法的主要体系 (Grands systèmes de droit contemporains)』(1964年刊) が現在もなおフランスの指導的テキストブックであることが、的確に説明される (42-47頁)。

さらに Favarque-Cosson は、第二節「比較法学の衰退」において、このように豊かな比較法の伝統があったにもかかわらず、20 世紀後半の数十年間に衰退した理由として、フランスの大学における比較法のマージナルな地位をあげている。次いで両大戦後に比較法学者が普遍主義への信頼を失い、アイデンティティ・クライシスを経験したこと、ジャン・カルボニエ Jean Carbonnier のような指導的私法学者が、比較法学は古典的補助科学にすぎないと評価していたこと (48-49 頁)、しかるにヨーロッパのコモン・ローを発展させるための比較による基盤を提供するものとして、比較法学のルネッサンスがフランスにおいて期待できること (54-55 頁) を指摘する。

第三節「フランスにおける比較法のルネッサンス」では、ヨーロッパ法の発展がフランス比較法学にインパクトを与えていることが指摘されるとともに (「ヨーロッパ比較法学者」という新たなアイデンティティを取得して、ヨーロッパの「ソフト・ロー」に焦点を合わせた「共通ヨーロッパ法学 (a common European legal science)」を構築する課題を担う。55-57 頁)、フランス比較法学の新たな課題として、①国際的アプローチ (超国家的素材の分析)、②比較の実践的利用がより広く認められるべきこと (フランス比較法学はその認識機能 [epistemological function] を重視してきた)、③比較の目的と方法についての——法体系間の差異に着目した——多元的かつプラグマティックな概念 (従来、フランスの比較法学者は方法論的関心に乏しかった) が、論じられている (55-65 頁)。

(2) 第一部第二章では、比較家族法上の業績で知られるシュヴェンツァー Ingeborg Schwenzer (バーゼル大学) が「ドイツ、スイス、オーストリアにおける比較法の発展」を概観する (シュヴェンツァーの近作につき、73 RabelsZ. 395 [2009] のマルティニによる書評を参照)。ただし、スイス、オーストリアの比較法学史は粗略にすぎ、シュニツァーの業績についても言及がない。同論文は、政治史のフレームワークを採用し、「長い 19 世紀」(1789-1918 年)、黄金時代 (1919-33 年)、分裂と呵責の時代 (1933-50 年)、復興 (1950-89 年)、法のハーモナイゼーションと比較法への新たなアプローチ (1989 年の冷戦終結後) の順で検討を進める (70-71 頁)。

すなわち、序に続く第二節「長い 19 世紀」では、①プロイセン一般ラント法・ナポレオン法典などに代表される 1800 年前後の大法典化により、立法のための比較法が必要になったこと (71 頁)、② 19 世紀半ばまではサヴィニーらの歴史法学派の圧倒的影響のもとで比較法学は不振であったが、19 世紀後半には進化論的パラダイムにもとづくコーラーらの比較法学 (法民俗学。73-74 頁)、さらには一般ドイツ商法典 (1861 年)・ドイツ破産法典 (1881 年)・ドイツ民事訴訟法典 (1880 年)・ドイツ民法典 (1900 年) の基礎となった立法学的比較法が発展したこと (74-75 頁)、③初期の比較法研究の制度化 (大学レベルでの比較法研究所の創立など) について解説する。

第三節の「黄金時代」では、ドイツ比較法学の真の豊饒化をもたらしたエルンスト・ラーベルの功績を、①英米法およびフランス法のターミノロジーにもとづく 1919 年ヴェルサイユ条約の比較法研究、②現代比較法学を基礎づけ、機能的比較方法を宣明した 1924 年の講演「比較法の課題と必要 (Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung)」, ③ 1926 年の独立の比較法研究所——カイザー・ヴィルヘルム外国私法および国際私法研究所 (Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht) ——の創立、④ 1927 年のラーベル比較法雑誌の創刊、⑤ 1929 年以來の機能的比較法にもとづく商品売買法統一プロジェクト (ハネス・ロessler [西谷祐子 = 岩本学訳]「エルンスト・ラーベルとウィーン売買法条約」民商 138 巻 3 号 261 頁 [2008 年] 参照) に分かって、概観する (77-81 頁)。

第四節「分裂と呵責の時代 (1933-50 年)」では、ナチズムの“dark age”を主な対象とし、①ラーベル、ラインシュタインらの代表的比較法学者がカイザー・ヴィルヘルム外国私法および国際私法研究所を離れ、亡命したこと (83 頁)、②ラーベルの後任所長のハイマンがナチス政権に協力したために研究所と比較法雑誌のナチス化が進み、第二回比較法国際会議 (1937 年、ハーグで開催) においてもドイツ代表がナチス契約法理論を発表し、比較法における指導的地位をドイツが失うにいたったこと (85 頁)、③ドイツ比較法学は戦後の荒廃からいち早く立ちなおり、1949 年にはカイザー・ヴィルヘルム比較法研究

所が形式上解体され、マックス・プランク外国私法および国際私法研究所として再生したこと (87 頁) を指摘する (マックス・プランク外国私法および国際私法研究所の所長に就任したハンス・デレ Hans Dölle がナチスのイデオロギーを支持する論文を発表していたことが指摘されている一方で、古典的比較法学を堅持したフォン・ケメラー von Caemmerer の業績がきわめて高く評価されている [85 頁, 87 頁])。

第五節の「復興の時代 (1950-89 年)」は、① 1940 年代後半から国際的レベルでの比較法の復興が始まり、1949 年にはユネスコが比較法の国際組織を設立するための委員会をパリで招集、ラーベルを含む指導的比較法学者をそのメンバーとしたこと、② 1950 年にはその国内委員会として比較法学会 (Gesellschaft für Rechtsvergleichung) が設立され、同年のロンドンでの第三回比較法国際会議にドイツ代表が出席したこと、③前掲マックス・プランク比較法研究所などの独立ないし大学付属の研究所の復活をまず略述する (88-89 頁)。次いで、①比較研究は機能的方法によるべきであるとするコンセンサスが 1950 年代には一般化していたこと (ツヴァイゲルトの有名な講演「普遍的解釈方法としての比較法 (Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode)」15 RabelsZ.5 [1949/50] に言及)、② 1950 年代から 60 年代にかけて機能的方法は社会学の影響を受けて豊かになったこと (ヨゼフ・エッサーの労作により、アメリカのリーガル・リアリズムと社会学的法学が紹介された)、③法族論はフランスほど発展していなかったが、1961 年にツヴァイゲルトが様式理論を発表したこと (ただし、その「様式 (style)」を決定するファクターの恣意性も指摘されている [90-91 頁])、④研究対象の東欧法 (Ostrecht) への拡大、⑤ 1957 年の EEC の成立に伴うフランス法研究の重視 (ミュンヘン大学比較法研究所長のフェリート Ferid が推進した) を紹介する (91-92 頁)。戦後比較法学の代表的成果として、ツヴァイゲルトおよびドロブニヒ Drobnig による『比較法国際エンサイクロペディア (International Encyclopedia of Comparative Law)』(1972 年以降)、ツヴァイゲルトおよびケッツの『比較法概論 (Einführung in die Rechtsvergleichung)』(1969 年)、コンスタンティネスコの『比較法 (Rechtsver-

gleichung)』全三巻(1971-83年)、フェリート Ferid の『フランス民法 (Das französische Zivilrecht)』全二巻(1971年)を挙げ、各論分野では、売買法・不法行為法・不当利得法におけるケメラー Caemmerer の比較法研究(ウィーン統一売買法〔国際動産売買契約に関する国連条約〕の準備作業や解説に対するドイツ比較法学者の寄与、W. ロレンツによる製造物責任の比較法研究も検討されている)、ミュラー・フライエンフェルス Müller-Freienfels の——日本法や中国・ロシアの革命立法にも及ぶ——比較家族法研究などに論及する(93-96頁)。

第六節「法のハーモナイゼーションと比較法への新たなアプローチの時代」は、1989年の冷戦終結後を扱い、①1970年代後半から進行したドイツ債務法改正に対する比較法学の寄与(99-100頁)、②ECディレクティヴの影響の増加と一般契約法・債務法総論のハーモナイゼーション(私法のヨーロッパ化)に対するドイツ比較法学者の取組み(ケッツ「ヨーロッパ契約法」(Kötz, Europäisches Vertragsrecht)〔1996年〕に代表される古典的比較法学の機能的アプローチ、マックス・プランク比較法研究所長ラインハルト・ツィンマーマン Reinhard Zimmermann のユス・コムーネ・アプローチ〔ユス・コムーネ *ius commune* という共通の伝統を、ヨーロッパ法のハーモナイゼーションの基盤に据える〕)、③ヨーロッパ法典の基礎となる諸原則を析出しようとする1980年代以降の諸プロジェクトに大別できる〔100-103頁〕について論ずる。ただし、比較法の対象をヨーロッパ私法に限定すると、明らかに比較法学の孤立化をまねくという(104頁)。

シュヴェンツァーは、結論として、過去一世紀に及ぶ比較法の歴史はサクセス・ストーリーと評価できるが、その現状——法学内部での比較法学の軽視——については不満も多く、比較法の将来は法学教育のごく初期の段階にこの課目を導入できるかどうかにかかっていると述べる(104-105頁)。

(3) 第一部第三章は、E. グランデ Elisabetta Grande (ピエモンテ東洋大学比較法教授)が「イタリアにおける比較法の発展」を略述する。第一節「継受の諸層」では、①1861年のイタリア統一以降、外国法を継受・借用する法文化が中心となり、比較法学もこの借用の文化に規定されていること、②19世紀

にはナポレオン法典とその解釈学が、19世紀後半から20世紀初頭にかけては、普遍的性格を特色とするドイツ法学がイタリアのロマニストを中心に導入されたが、1942年イタリア民法典へのドイツ法の影響は限られたものであったこと（総則の欠如、民商法の統合などの独自の構造を有する）、③第二次大戦後は英米法およびヨーロッパ法が注目されていること、④これらの変革に際して比較法学の果たした役割は小さく、ロマニストと自己規定する私法学者が学問的リーダーシップを握っていること、⑤イタリア比較法学は20世紀後半になってようやく自立したことを指摘する（108-109頁）。外国法制のエンサイクロペディア的研究を行った19世紀前半のシチリアの法学者 Emerico Amari を比較法学の父とする1985年イタリア比較法学会の提言のように、比較法学の伝統をよりさかのぼらせようとするところみは、重視すべきではないとグランデは論評する（109-110頁）。

第二節「発展——現代比較法学の発生」では、①ファシズムの時代（1922-43年）にはコモン・ローが軽視されたが、トゥリオ・アスカレリ Tullio Ascarelli, マリオ・ロトンディ Mario Rotondi, アンジェロ・スラッファ Angelo Sraffa ら少数の商法学者が比較法研究を続けたこと（110-111頁）、②フィレンツェにおける反ファシズム・レジスタンスの中心ピエロ・カラマンドレイがコモン・ローのアドヴァーサリ手続にいち早く関心を示し、マウロ・カペレッティがこれを受け継ぎ、イタリア比較法学の“reformist tradition”を形成したこと（111-112頁）、③イタリア現代比較法学の父であるローマ大学教授ゴルラ Gino Gorla は1948年および1949年にコーネルを中心にアメリカのロー・スクールを訪れ、1950年代にはルドルフ・シュレージンガーのコモン・コア・プロジェクトに参加するとともに、ケース・メソッドと事実中心のアプローチを取り入れた比較契約法論“*Il Contratto*”を刊行し、比較法に巨大なインパクトを与えたこと（113頁）、④ゴルラ、ルネ・ダヴィッド、ツヴァイゲルトらの functionalism-structuralism の伝統（西欧比較法学の主流）にもとづき、サッコ Rodolfo Sacco が「法的フォルマント」（legal formants）——フォルマントとは音声学から借用した表現——の理論を提唱し、イタリア

比較法学に多大の貢献をしたこと (113-116 頁。なお、「法的フォルマント」論とは、適用されるルールは、法典・裁判所・学者などの sources consulted に応じて異なった——時には矛盾牴触する——複数の定式 (formulations) として表現されることが多く、この諸定式がそのルールの「フォルマント」であると説くもので、主権者からの命令のヒエラルヒーとして法をとらえるケルゼンのパラダイム〔法源論〕に対する比較法学者の不満に応ずる理論である〔115 頁, 127 頁〕。ヨーロッパ統一法秩序を探求するダイナミクスは多様な「フォルマント」間の competition として理解されるため、イタリア比較法学者はヨーロッパ法の統一に積極的に参加するようになる〔122 頁〕), ⑤ 1971 年にはイタリア比較法学会 (Associazione Italiana di Diritto Comparato) が創設され、ロー・スクールの新設により、現在では比較私法の正教授 51 名, 比較公法の正教授 56 名に及ぶが、私法の比較研究が依然として主流であること (116-117 頁) が説かれる。著者グランデは以上の③および④に「1950 年代および 1960 年代における主流の発生——ゴルウラの『契約』論からサッコの『フォルマント』へ」という表題を付し、トリノの「主流」(サッコ学派)、フィレンツェの“reformists” (カベレッティ)、ローマの統一商法研究のエキスパートたちの三つのグループにイタリアの比較法学者を大別している (117 頁, 120 頁)。

第三節「現代の状況——ピュアリティからプルーラリズムへ」では、1979 年イタリア比較法学会において、比較法の法改革およびポリシー創造機能を説く学派 (カベレッティ、デンティ Denti が中心) と、純粋な知識の追求を目的とする「純粋科学」アプローチの学派 (サッコが中心) との間で激しい方法論議が戦わされて後者が勝利を収め、サッコを大学創立特別委員会の長に迎えた新設のトレント大学では比較法中心の講義が行われ、1987 年にはサッコのプログラムを五ヶ条に定式化した「トレント・テーゼ (Theses of Trento)」が発表されて、イタリア比較法学の動向に重大な影響を及ぼしたこと (117-118 頁)、先に掲げた三つの比較法学のアプローチ (比較商法、リフォーミスト、構造主義的主流) は併用されることもあり、その他にも多様な非伝統的学派が存在し、トレント・テーゼからは次第に離れてゆく傾向にあることが論及されている

(アプローチのプルーリズム。ただし、リーガル・トランスプランツの研究に対する関心が強く、「法的フォルマント」の用語が常用され、法的翻訳・法的言語の問題が注目を集めるといった共通項がみられる。120-121 頁)。比較法は法学教育のカリキュラムにおいて中心的地位を占めており、この点でイタリアは他の諸国よりも先んじている (122 頁)。

第四節「現代の課題と将来の行方——比較法学は過去 (の伝統) と闘う」では、①イタリア比較法学の伝統である私法中心のバイアスが克服されるきざしがみられること (比較民事訴訟法、比較憲法などの発達、刑事訴訟法にみられるようなイタリア法の「アメリカ化」、ヨーロッパの法統合とグローバリゼーション)、② (イタリア比較法学が急激な発展をとげた若い学問であるためか) 比較法学のポリシー創造 (立法) への政策的・現実的影響に乏しいこと、③法と経済学、批判的法学研究 (critical legal studies)、法人類学 (legal anthropology) などを導入する学際的アプローチがイタリア比較法学の特色であること (書かれざる法現象の法人類学的研究 [サッコの “Mute law” 研究]、アフリカ法へのアルケオロジック的研究方法の適用 [サッコのアフリカ法研究] など。法人類学などの学際的研究が、法実証主義の枠内にとどまっていた「法的フォルマント」論の視野を拡大したという [127 頁]) が指摘される (125-126 頁)。

第五節「輸入から輸出へ? ——ヨーロッパおよび他の諸国の比較法に対するイタリアの貢献」では、「ヨーロッパ私法のコモン・コア (共通の核心)」に関するトレント・プロジェクト、ユニドロワとアメリカ法律協会による「涉外民事訴訟原則」や「国際商事契約に関するユニドロワ原則 (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts)」などのソフト・ローの国際的法典化がイタリア比較法学者の主導で行われたこと、ウゴ・マティ Ugo Mattei による世界の法システムの分類学 (taxonomy) や「比較法と経済学」論などが国際的に注目されていることを挙げ、継受の時代からイタリア比較法学独自の成果を提供する時代に移行しつつあると述べている (128-130 頁)。

(4) 第一部第四章「大英^{グレート・ブリテン}国における比較法の発展」は、ジョン・W・ケアンズ Cairns (スコットランド・エディンバラ大学法史学教授) が担当する。ケ

アンズは、イギリスにおいて比較法が法学の新たな分野として完全に承認されたのは19世紀末であるとし(ポロックによれば、フランス比較立法協会が創立され、メインがオックスフォード歴史および比較法学教授に就任した1869年までさかのぼることができる)、ヴィクトリア朝後期に比較法学が結晶化(crystallization)したのは普遍的な学問というよりもナショナルな学問としてであり、その初期の発展は大英帝国の経験および要請と密接に結びついていたという(132-133頁。以上、第一節「序論」)。

第二節「帝国——その進化と法制」では、①比較文献学(comparative philology)等の発達により、科学的比較方法が存在するという考えが普及し、次第に時代遅れとなった分析法学にかわるものとして比較法学が注目を集めるにいたり、18世紀以来の大英帝国の発展を背景として、第一次大戦後まで歴史比較法学と同時代的課題を対象とする実用比較法学とが支配的であったこと(133-134頁)、②征服ないし割譲により取得された大英帝国の植民地では、旧来のシヴィル・ローや土着の固有法が一般に許容され、植民地から枢密院(Privy Council)への上訴が認められていたため、多様な法——ローマ法系オランダ法(Roman-Dutch law)、フランス慣習法・フランス民法典、スペイン法、ヒンドゥー法、イスラム法など——の知識が必要となったこと(134頁)、③フォイエルバッハの普遍法学の理念を採用したメインは、著書『古代法(Ancient Law)』(1861年)で静態的社会と進歩的社会(ローマおよびイギリス)とを分類し、比較文献学に倣ってアリア系ないしインド・ヨーロッパ系の法史の比較研究を行い、法的進歩の法則を明らかにする歴史法学の構築をこころみだが、このようにイギリスとローマの比較を重視するメインのアプローチは多大の影響を及ぼし、ジェームズ・ブライス James Bryce、ヴィノグラドフらに受け継がれたこと(帝国の要請に応じた民族学的アプローチを採用する——Edward Jenks, Macdonell, Vesey-Fitzgeraldらの——法進化論者もみられた。135-137頁)、④帝国内での比較立法研究を深化させる目的で1894年に「比較立法協会(Society for Comparative Legislation)」が設立され、比較歴史法学常任委員会などが置かれたこと(1917年には同協会の Journal も発行されて、のちに Interna-

tional and Comparative Law Quarterly に統合される。138-141 頁, 143 頁) が指摘される。

第三節「現代的基礎」では、まず「パイオニアたち」と題して、現代的比較法観をうちたてたガッターリッジ Gutteridge (1930 年からケンブリッジのトリニティカレッジ・フェロー)、ウォールトン F. P. Walton, エイモス Amos, リー Lee らの業績を検討する。ガッターリッジ以外は大英帝国の植民地政策に関与している。ガッターリッジは、1946 年に『比較法 (Comparative Law: An Introduction to the Study of the Comparative Method of Legal Study and Research)』を刊行し、比較法は方法にすぎないが、法の統一および国際私法にとって重要であると説いた。ガッターリッジ以後のもっとも重要なパイオニアであるウォールトンは、スコットランドおよびケベックでローマ法を講じ、カイロでの学長職を経てオックスフォードに戻った。フランス債権法に関心が深く、『エジプト債権法——とくにフランス法とイギリス法を参照する比較研究 (Egyptian Law of Obligations: A Comparative Study with Special Reference to the French and English Law)』(1920 年)の大著がある。スコットランド、ケベック、エジプトでの経験から、国家と法が密接な結合を有することに対し懐疑的であった(144-146 頁)。エイモスはウォールトンと類似の職歴を有し、ウォールトンと共著で『フランス法入門 (Introduction to French Law)』[1935 年]を発表。リーは『ローマ法系オランダ法入門 (Introduction to Roman-Dutch Law)』[1915 年]、『南アフリカ債務法 (The South African Law of Obligations)』[1950 年]を執筆した)。

なお、これらのパイオニアたちに共通の立場をケアンズは要約して、国家法は国民意識の表明であるとする歴史法学派の見解を斥けることにより、現代の法体系間の比較を中心に据え、法の発展における借用関係の重要性を認識し、非西欧法研究を進めたが、国際商取引以外の領域での法の国際的統一には反対であった、という(162-163 頁)。

次いで、①フランス(リヨンおよびパリ)の比較法研究所、ジュネーヴの比較法国際アカデミー(International Academy of Comparative Law, 1924 年創立)との交流(151-152 頁)、②比較立法協会の関心の変遷(153 頁以下。1920 年代半

ばから、第一次大戦の戦禍によって、大英帝国内での法の統一を緊密化することに対する関心が薄れてゆき、国連からオスマン帝国崩壊後の中東の委任統治をイギリスが委ねられたことでイスラム法への関心が増した)、③大学における比較法の状況(155頁以下。ガッターリッジは1941年の退職に際し、イギリスの大学には比較法のポスト〔Chair〕がないとしたが、リーはオックスフォードでローマ法系オランダ法講座を担当していた)、④比較法研究を中心とする帝国ロー・スクールないし先端法学研究所(Institute of Advanced Legal Studies)設置の構想(158頁以下。第二次大戦により中断)を解説する。

第四節「帝国を超えて——新たな方向」では、大英帝国の終焉により、ヒンドゥー法・イスラム法その他の固有法研究が比較法の主流から外れ、(とくに南アフリカ共和国の政治的孤立もあって)大学におけるローマ法系オランダ法(Roman-Dutch Law)の研究教育が終了したことを指摘する(163-164頁)。次いで比較法学のパイオニアたちの学問的遺産がどのように継承されているかを検証し、①1948年に初代オックスフォード大学比較法教授に就任したローソン F. H. Lawson の著作『シヴィル・ローにおけるネグリジェンス (Negligence in the Civil Law)』(1950年)に代表されるように、ローマ法およびフランス法重視の傾向はイギリス比較法学者に一般的に見られること(164-167頁。ローソンの前掲書は、特殊問題に関するローマ法の検討を通じて大陸法の根本的思考を理解させることを目的としていた。1971年からローソンの後任となったベリー・ニコラス Barry Nicholas [1919-2002年]は『ローマ法入門 (Introduction to Roman Law)』[1962年]で著名)、②グレイヴソン Graveson らを除けば、法の統一、具体的にはユニドロワ UNIDROIT への関与に積極的でないこと(166頁)、③混合法制 (mixed systems) への関心が持続していること(167頁)を明らかにする。

さらに「制度的遺産」として、先端法学研究所(Institute of Advanced Legal Studies. 1946年にロンドン大学に設置)、英国国際法・比較法研究所(British Institute of International and Comparative Law. 1958年)、比較法連合王国国内委員会(United Kingdom National Committee of Comparative Law. 1950年にユネスコが

設置した比較法国際委員会の構成メンバー) について概説したのち (167-169 頁), 「新たな発展」として, ①ドイツ法への関心の増大 (トニー・ウェア Tony Weir によるツヴァイゲルト=ケッツの著書の英訳 [1970 年], Markesinis による『ドイツ不法行為法への比較法的入門 (Comparative Introduction to the German Law of Tort)』の刊行 [1986 年], 現在のオックスフォード大学比較法教授がドイツ人の Vogenauer であること), ②“Legal Transplants”論の再燃 (この用語はウォールトンらが使用し, 1970 年代にカーン・フロイント, アラン・ワトソン Alan Watson [当時はエディンバラ大学教授] が活発に論じ, ワトソン理論——比較法学は法システム相互の歴史的関係に着目すべきであり, 法と社会との間の必然的関係はきわめて限られたものであるから, 類似性のない社会間でも借用関係によって法は発展する, と説く——は 1990 年代にヨーロッパ統合を背景として広範に議論の対象となった), ③混合法制への関心の復活を採り上げている (170-172 頁)。

第五節「学問的不安定性」では, ①イギリス比較法学者の多くが, 1920 年代から 30 年代にパイオニアたちが確立した領域内で活動しているにとどまり, シヴィル・ローとコモン・ローの比較が依然として中心である, ②比較法学者は裁判官に利用可能な研究を行うべきであるとする Markesinis の批判にもかかわらず, 比較法学の外縁ははっきりせず, 法のあらゆる分野で雑多な目的・多様な方法で研究が進められている, ③ツヴァイゲルト=ケッツに匹敵する——イギリスのアプローチにより適した——比較法のテキストブックはいまだ出版されておらず, 比較法を適切に規定するには不十分である, ④過去 150 年にわたる学問的努力により比較法的アプローチを採用しない大学の advanced-level のコースは稀であり, 判例も比較研究の成果に依拠するようになっている, としめくくっている (172-173 頁)。

(5) 第一部第五章「アメリカにおける比較法の発展」を担当するデイヴィッド・S・クラーク David S. Clark (Willamette 大学教授) は, メリマンらとの共著 “The Civil Law Tradition : Europe, Latin America and East Asia” で著名なヴェテランであるが, このレポートは冗長な記述が目立つ (アメリカ比較法学の現代史については, 貝瀬幸雄・国際倒産法と比較法 [2003 年] 367 頁以下)。ま

ずアメリカにおける比較法の歴史はアメリカ共和政体 (the American republic) と同じほど古いとして、初期におけるシヴィル・ローの役割を重視するロスコー・パウンド (および法史学者 Hoeflich) の見解の紹介に始まる第一節「序」で、全体の叙述の流れを簡潔に示す (176-177 頁)。次いで第二節「合衆国最高裁判所における比較法」で合衆国憲法第 8 修正および第 14 修正の解釈をめぐる近年の最高裁判例を採り上げ、外国法 (比較法) が影響を及ぼしていることを指摘する (178-180 頁)。このように比較法の実践的意義を指摘したうえで、クラークは、①形成期 (Formative Era) における比較法 (1776-1865 年)、②比較法と歴史法学 (1865-1904 年)、③比較法の組織化——最初の努力 (1904-1950 年)、④比較法の確立 (1950-2005 年) の四段階に区分する。

第三節「形成期における比較法」では、まずヨーロッパ自然法思想の重視というルートで法比較が行われ (ジョン・アダムズやトマス・ジェファソン)、独立革命後はイギリス法の継受を妨げる要因もあったため (イギリス法の中世スコラ主義的性格、パイオニア社会の個人主義を強調する社会経済状況、法律家へのビュリタンの不信など)、主に海事法・商事法の分野で、コモン・ローの不備を補うためにローマ法とシヴィル・ローが利用されたと説き (180-182 頁)、このような比較方法を用いた法律家として、初期のサミュエル・リヴァモア Samuel Livermore (1786-1833 年)、ジョセフ・ストーリー、ジェームズ・ケント、フランシス・リーバー Francis Lieber (1800-1872 年) らを挙げ、それぞれの履歴と業績を解説する (183-185 頁。ストーリーと親交のあったリーバーはドイツからの亡命者であり、ストーリーをミッターマイヤーに紹介した [183 頁])。また、フィールド法典で名高いデイヴィッド・ダドリー・フィールド David Dudley Field (1805-1894 年) につき、法典化の思想と、その民事訴訟法典 (1848 年) が——フランス・スペイン・ローマ法に依拠する——ルイジアナ州民事訴訟法典 (1825 年) に大幅に類似していることからして、彼もまた影響力のあった比較法研究者であると指摘している (185-186 頁)。

第四節「比較法と歴史法学」においては、①南北戦争 (1861-1865 年) 後には自然法が “creative theory” としての地位を失い、ヨーロッパにおける国民

国家の成立によって民族精神の探求を主張する歴史法学派が主要な法理論となったこと、②パウンドはこの時期にアメリカ比較法学が「どん底 (nadir)」にあったと評価しているが、特定の外国法規ないし法典の効率的採用よりもヨーロッパ大陸の大学における法学（サヴィニーを中心とするドイツ歴史法学派）と法学教育のprestigeにアメリカ比較法学徒の関心が移ったにすぎないとするのが近時の理解であること（186-187頁）、③この時期にドイツの法学教育をモデルとする改革がハーヴァード・ロー・スクールを中心に行われ、イギリスの“apprenticeship approach”は放棄されて科学としての法学のprestigeが確立し、これを前提に最初のアカデミックな比較法学徒たちが出現したこと（187-190頁。サヴィニーの強い影響のもとにシヴィル・ロー、ローマ法、比較法をフルタイムの研究者として講義したウィリアム・ハモンド William Hammond (1829-1894年)が重要〔188頁〕。比較方法は法学教育の手段であって、法構造の体系的モデルを提供し、コモン・ローのルールを組織化するために用いた〔190頁〕）を説明している。

第五節「比較法の組織化——最初の努力」では、アメリカ最初の比較法国際会議である1904年セント・ルイス法律家万国会議（St Louis Universal Congress of Lawyers and Jurists）の開催（1803年のルイジアナ州割譲を記念する百年祭を開き、法学者を含む世界の学識者を招待することがアメリカ法律家協会〔ABA〕に提案されたのが発端である）に始まるアメリカ比較法組織化の努力の軌跡が素描される（190-191頁、192-194頁）。すなわち、①1905年のペンシルヴァニア州弁護士会（Bar Association）からの提案を受けてABA内部で比較法事務局（Comparative Law Bureau）が1907年に創設され、アメリカにおける最初の比較法ジャーナルであるAnnual Bulletinを1914年の第一次大戦勃発まで発行したこと（191頁、194-195頁。1931年からはTulane Law Reviewがこの事務局のオフィシャル・ジャーナルとなった〔191頁、198-199頁〕）、②ABA比較法事務局が、比較法・外国法に関心の深いニュー・ヨークに事務局の支部として、1925年にアメリカ外国法協会（American Foreign Law Association〔AFLA〕）を創設したこと（191頁、197-198頁）、③1930年代には大恐慌により比較法事務局も

経済的に行きづまり、1933年にABA国際法・比較法セクションと合体したこと（ウィグモアが初代議長に就任。191頁）、④1932年および1937年のハーグにおける比較法国際会議にはアメリカから多数の出席者があったこと（202-203頁）、⑤1950年にはアメリカ外国法協会（AFLA）とABAの前記セクションがより科学的な比較法の教育および研究を支持する旨を決議したこと（191-192頁）に論及する（この時期を代表する比較法学者として、ロスコ・パウンドとジョン・ウィグモアにそれぞれ独立の項をあてて解説している〔199-202頁〕。大恐慌から第二次大戦にかけては、ドイツおよびオーストリアからの大量の法学者の流入に支えられ、膨大な比較法研究がアメリカでなされている〔たとえばラーベルの著『抵触法』全4巻（1945-1958年刊）〕。204頁）。

第六節「比較法の確立（1950-2005年）」では、①20世紀後半は、軍事的占領、1960年代から1970年代にかけての発展途上国の脱植民地化を支持する法と開発（law and development）プログラム、1990年代のアメリカ法律家協会の中欧およびユーラシア・インスティテュート・プログラムにおいて、アメリカ比較法学者がアメリカ法の輸出に積極的に関与したこと（204-205頁）、②ユネスコがスポンサーとなって1949年にパリで創立された比較法国際委員会（International Committee for Comparative Law）の国別委員会を翌1950年にアメリカ外国法協会（AFLA）が引き受けたこと（同年には、アメリカ・ロー・スクール協会〔Association of American Law Schools = AALS〕が比較法委員会を設けた）、③諸外国の比較法研究所と同等の機能を有する「法の比較研究のためのアメリカ協会（American Association for the Comparative Study of Law = AACSL）」が1951年に創立され、アメリカ外国法協会（AFLA）とロー・スクールがそのスポンサーとなったこと（1992年に「アメリカ比較法協会（American Society of Comparative Law）」と改名。206-207頁、208-209頁）、④前記③の協会発足前から「アメリカ比較法雑誌」のプランが進行し、主要ロー・スクールをスポンサーとして1952年に刊行が開始されたこと（207-208頁）、⑤ロー・スクールにおいて比較法はコア科目（a core discipline）となっておらず、アメリカのロー・スクールの学生はまともに比較法を学ぶ——歴史的・哲学的・言語学的

——素養を欠いており、1997年と1998年にミシガンとユタで開かれた比較法シンポジウムでも、アメリカ比較法学は方法論的考察・理論的基礎づけを欠き、ドイツからの亡命者によって輸入されたもので、今日のアメリカの状況に適合していないなどのペシミスティックな批判がなされたが、この『オックスフォード比較法ハンドブック』や『比較法国際エンサイクロペディア』などの外国のプロジェクトにおけるアメリカ比較法学者の活躍は高く評価できることを指摘する(209-211頁)。

(6) 第一部第六章「中欧および東欧における比較法の発展」は、チェコ(プラハ)のSchool of Law, Charles University 准教授 Zdeněk Kühn による論稿である。この論文はロシアにおける比較法学の発展について充実した記述を欠くが、ハンガリー比較法学の水準の高さが指摘されており(230頁)、興味深い(比較国際民事訴訟法の英文の大著を発表したソーシーはハンガリーの研究者である)。「中欧および東欧」に含まれるのは、ロシア、ドイツとロシアには含まれた中欧諸国(ポーランド、ハンガリー、チェコ、スロヴァキア)、旧ソ連の西部分、バルカン半島である。第一節「共産主義前の中欧および東欧における比較法」によれば、この地域は4つの帝国(オスマン、オーストリア=ハンガリー、ドイツ、ロシア)の崩壊によって近代的国民国家が形成され、多様な法文化が混在することとなったため(さらに、後進性の自覚・自国法文化への劣等意識があったため)、共産主義の成立前から、実用的目的にもとづく比較法が利用されていた(1917年のロシア10月革命まで、ロシアの法学教育は一般に比較法にもとづいて行われていた。ハンガリーでは、ドイツ・オーストリア法などとの比較にもとづく立法がなされ、きわめて高水準の訴訟法典が起草された。217-219頁)。

第二節「共産主義の期間の比較法」では、まず「スターリン主義前の比較法」として、1917年10月革命後数年を経て、当時のドイツ法の影響を大幅に受けた新法典が起草され、1920年代のソヴィエトのマルクス主義法理論は、ソヴィエトにおける法の必然的消滅を説き(たとえばパシュカーニス)、西欧法を批判してプロレタリア法(社会主義法)の特色を明らかにするために、比較方法を頻用したとする(219-220頁)。

しかしながら、「スターリン主義下の比較法」では、①社会主義体制下でも法は消滅せず、共産主義に到るまでの暫定的段階において、社会主義国家の秩序維持という重要な使命を法が果たす（ヴィシンスキー）と解され、プロレタリア独裁という新しいタイプの国家が創造した——労働者の利益を保護する——新しいタイプの法はブルジョア法と実質的に異なるとスターリン学派は理解した、②「国家と法の理論」に関する代表的なスターリン主義のテキストブックは、比較法はブルジョア法理論の一方法であると位置づけており、比較法に対するこのような敵対的態度は1950年代のスターリン主義の消滅まで続いた、と指摘される（220-221頁）。

「1960年代から1980年代までの比較法」と題する項では、①1960年代にソヴィエトの代表的法律雑誌に比較法の論文が発表され、ルネ・ダヴィッドの『現代法の主要体系』がロシア語訳されてソヴィエト比較法学に多大の影響を与えたこと、②他の共産主義圏諸国でも程度の違いこそあれ比較法学が開花したこと（大陸法の伝統にもとづく民法典を維持したポーランドとハンガリーでは、とくに比較法学が活発化）、③社会主義法学者は社会主義法の特殊性・優越性を強調するが、法文化のイデオロギー的相違（法は共産党の利益に奉仕すべきである）を除けば、ソヴィエト法の概念もヨーロッパ大陸法の伝統と異なるものではないこと、④共産主義圏からの亡命法学者が比較法研究の成果をあげたこと（たとえば、クロアチアの Mirjam Damaška）、⑤要するに社会主義比較法学は一定の成功をおさめたが、共産主義者独裁という公認の国家イデオロギーによる制約を受けたことが解説される（221-227頁）。

第三節「共産主義崩壊後の比較法——比較民事法から比較憲法（Comparative Constitutionalism）へ？」では、①1980年代における共産主義の崩壊によって、中欧・東欧諸国では法の移植と比較法の実践的利用が活発化したが、外国法は必ずしも適切な比較分析を伴わずに逐語的に導入され、それに続く中欧諸国のEUへの加盟によってEU指令（directives）が内国法秩序および法学に破壊的效果を及ぼしたこと（227-229頁）、②このように自国法が外国法の移植によって形成されたにもかかわらず、大学における比較法教育は依然として未

発達であること（大学の給与が低いため、実務との兼業が常態である。ただし、ブダペストの Central European University は比較憲法学の指導的存在である〔229-230 頁〕）、③新たな憲法文化（constitutional culture）をできる限り短期間で創造するために、実践的比較法が広汎に活用され（比較法学の関心が比較私法から比較憲法に次第に移行した）、ハンガリーなどの新しい憲法裁判所のスタッフに西欧法に通じた比較法学者が起用されたこと（ドイツ憲法学の影響が顕著である〔231-234 頁〕）が、分析されている。

第四節「中欧および東欧諸国における比較法の将来」は、立法にあたって外国法を広汎に活用するが、学界における比較法研究は依然として未発達である、ただしヨーロッパ統合の進行が比較法研究の重要性を増加させており（2004 年 5 月に、チェコ、ポーランド、ハンガリーなど旧共産圏 8 ケ国が EU に加盟した）、自国中心の法学教育に対する批判がさらに強まれば、中欧および東欧における強固な比較法研究の伝統が復活するであろう、と結んでいる（235 頁）。

（7）第一部第七章「東アジアにおける比較法の発展」を寄稿した北川善太郎（京都大学名誉教授）は、日本における比較法の発展は 19 世紀の西洋諸法（Western laws）の継受から始まったとし（239 頁）、ドイツのパンデクテン・システムを日本に導入した 1898 年民法典——その内容はドイツ・フランスを中心とする外国法の折衷である——の制定とそれに続く「注釈書の時代」、ドイツ法理論の導入により民法典とのギャップが広がっていった「輸入理論の時代」（主に第一次大戦終了まで）、第一次大戦後の「比較法の時代」（外国の法理論を原型のまま導入せず、比較の観点から吟味して採用する）の三段階に日本の私法の発展史を区分する（240-243 頁。日本における私法の近代化が、20 世紀前半に中国・韓国の民法典に影響を及ぼしたことも指摘される〔243-244 頁〕）。

次いで、機能的比較法のもとでは、リーガル・プルーリズムを前提とする非西洋法諸国（non-Western legal systems）の伝統的規範・土着の法も“law in practice”として比較の対象としなければならないと説く（247 頁、249 頁）。次世代の東アジアにおける比較法の課題としては、国際的法整備支援の局面で、西洋法と伝統的規範との接触（interface）に対応すること（日本の歴史的経験が

有益)を挙げている(韓国・中国・日本に導入されたドイツのパンデクテン・システムのその後の運命についても言及し、情報のデジタル化やバイオテクノロジーなどの新たな課題への比較法学の貢献によって、日本法も次第にそのアイデンティティを変容させているという〔256-258頁〕)。

この北川論文は、わが国における比較法学史の叙述をほとんど欠いており(杉山直治郎や野田良之の国際的業績には全く言及していない)、比較法研究所の現状についても説明しておらず、民法の継受論の域を出ていないことから(比較憲法学の発展、会社法・刑事訴訟法・独禁法などの領域でのアメリカ法の継受も重要)、本書第一部の他の諸論稿とは異質であると評価すべきであろう(杉山直治郎の卓越した業績については、貝瀬幸雄・普遍比較法学の復権〔2008年〕143頁)。Xavier Blanc-Jouvanによる本書の書評も、北川論文が中国・韓国・東南アジアに殆ど言及していないこと、ドイツ以外の外国法制の日本法へのインパクトを極小化していることを指摘し、今日では比較法の発展に対する日本の大学の絶大な貢献を強調してよいのではないかと批判している(56 Am.J.Comp.L.1074, 1077)。

なお、北川論文は巻末のビブリオグラフィーに(脚注にも)日本比較法学史の欧文の基本文献である Yosi yuki Noda, *Le développement du droit comparé depuis 1868 et la situation actuelle des études comparatives du droit au Japon*, in: *Livre du centenaire de la Société de législation comparée*, t. II, Paris, L. G. D. J., 1971 を挙げしていない。本文中に比較法学史がない以上、当然配慮すべきであろう(その日本語版が野田良之「日本における比較法の発展と現状(1)・(2・完)」法協 89 卷 10 号・同 90 卷 1 号〔1972-73 年〕である)。

(8) 第一部第八章「ラテン・アメリカにおける比較法の発展」は、パリの École des Hautes Études Commerciales (HEC School of Management) 助教授ヤン・クラインハイスターカンプ Jan Kleinheisterkamp が執筆している。まず、従来ラテン・アメリカ法は、ナポレオン法典を継受したことによるフランス法の一変種であるとして「ロマン法族」に組み込まれ、十分なオリジナリティを欠くと評価されて比較法の主流からは無視されてきた、と指摘する(第一節

「序論」)。

第二節「植民地時代」では、①植民地に浸透したスペイン法は土着の固有法や慣習の並存を——スペインの宗教と法と牴触しない限りにおいて——承認したこと、②スペインの法実務は大幅にローマ・カノン普通法に依拠しており、法的安定性を欠く内容であったこと、③トルデシラス条約(1493年)によりブラジルを植民地化したポルトガルの法状況も混乱したものであって、Marquis de Pombal が1769年に公布した「良き理性の法(Lei da Boa Razão)」——自然法の根本原則などにもとづく「良き理性」のテストを通過しなければ、ローマ法を適用してはならない、とする——により、比較法がポルトガルおよびブラジルの法学で多用されるようになったことが言及される(263-267頁)。

第三節「独立と法典化」では、1807年のナポレオンによるイベリア半島征服で弱体化したスペインから独立したラテン・アメリカ諸国の憲法典の制定、および各国における法典化の状況が描かれる。法典化の状況をめぐっては、①ナポレオン法典のコピーである初期のボリヴィア Santa Cruz 民法典(1830年)・同商法典(同年)(271-272頁)、②比較法(スペイン法とローマ市民法大全 Corpus Iuris Civilis が中心)にもとづく固有の民法典の最初の成功例たるペルー民法典(1852年)(273-274頁)、③比較法を用いた19世紀ラテン・アメリカの最も影響のある法典起草者たち(とくにチリの Andrés Bello [274-276頁]、ブラジルの Augusto Teixeira de Freitas [276-278頁]、アルゼンチンの Dalmacio Vélez Sarsfield [279-282頁])、④新ラテン・アメリカ諸国の法制度は当初から比較法の影響を受けており、比較法学は高度に実用的な学問であったこと(285頁)が採り上げられている(例えば、前掲③で紹介されているチリ大学学長 Andrés Bello [1781-1865年] は、「ローマ法提要(Instituciones de Derecho Romano)」の著者、ユスティニアヌス法典の構造に立脚した1855年チリ民法典の起草者であり、古典スペイン法に含まれるローマ法原則の再構成・自国法の現代化の手段として比較法を用いた[274-275頁]。またブラジルについては、サヴィニーらのドイツ・ロマニストの影響のもと、ポルトガルの法伝統に忠実なブラジル民法典の起草の準備作業を行った Teixeira de Freitas の業績と、それにもとづき1916年ブラジル民法典を

起草した比較法学者 Clovis Bevilacqua [1859-1944 年] ——ドイツ・パンデクテン法学に倣うとともに、ブラジルに初めて現代的比較法学の概念を導入した——の功績がとくに採り上げられている [276-278 頁, 283-284 頁]。

第四節「20 世紀から現在へ」では、「コモン・ローの影響の増加」として、アメリカによる対ラテン・アメリカ国際取引の独占に伴ってピノチェト政権下でチリ経済が自由化し、チリの会社法・証券取引法に対しアメリカ法（シカゴ学派）が影響を及ぼしたことや、ブラジルにクラス・アクションが導入されたことをまず指摘する（285-288 頁）。続く「影響の戦場——法の統一」では、①ラテン・アメリカ諸国の法の統一運動の前提として、(1889 年から 1890 年のワシントンにおける第一回汎アメリカ会議以来の) 汎アメリカ主義と、アメリカの影響を排除しようとするイベロ・アメリカ主義との対立があること (Pan-Americanism versus Ibero-Americanism. 288-290 頁)、②いずれの理念も比較法を法統一の主要な手段としており、Organization of American States (OAS) ——第一回汎アメリカ会議でのアメリカの提案にもとづき創設された Commercial Bureau of the American Republics がその前身である——の国際私法特別委員会が 2002 年以來モデル法を用いてラテン・アメリカ法のハーモナイゼーションを限定的ながら進めていること (290-292 頁)、③アメリカ主導の汎アメリカ主義に対抗するサブ・リージョナルなプロジェクト (MERCOSUR = the Common Market of the South) により比較法を用いた国際民事訴訟法などの統合が進められていること (292-293 頁) が説明される。第四節の第三項「比較法による発展」では、20 世紀初頭のアメリカ法の影響はラテン・アメリカにおける比較法発展の一面にすぎないとして、①立法および学説に高度の比較法上の折衷主義 (eclecticism) がうかがわれること (例えば 1984 年ペルー民法典) (293-295 頁)、②ラテン・アメリカにおける外国法の権威の高さ (295-298 頁)、③比較憲法の実践としてのアルゼンチンおよびブラジル最高裁の判例法理 (298-300 頁) を論じている。

(9) フランスおよびドイツにおける比較法学の発展については、わが国でもすぐれた研究がある (西賢「フランスにおける比較法の発展」同・比較法の課題

[1972年, 初出は1956年], 五十嵐清「ドイツにおける比較法の発展」同・比較法学の歴史と理論〔1977年, 初出は1975年〕。本書第一部第一章のフランス比較法学史が20世紀後半の状況を描き, 同第二章がドイツにおける法のハーモナイゼーション(ドイツ比較法学のヨーロッパ私法への貢献)を概観しているのは, これらの業績を補う貴重な資料を提供しているといえよう。他の諸国も含め, これだけ包括的な英文の比較法学史はまさに画期的である。

さて, 第一章のフランス比較法学史は, フランス比較法学の発展を内国法思想との関連でとらえるとともに(とくにカルボニエの比較法観), 共通ヨーロッパ法学の発展が比較法の新たなルネッサンスをもたらすであろうと示唆している。本書刊行の翌年に, 第一章執筆担当者のFauvarque-Cossonは、『比較法の興隆——ヨーロッパにおける法学教育への挑戦』と題する小冊子(ベルギーのLeuven大学ヨーロッパ共通法センターでの講演)を発表し, 生活と法の国際化・ヨーロッパ化によって比較法の国際的次元が認識され, 各国法の「水平的比較」のみならず, 内国ルールと国際的・ヨーロッパ的法源との比較(ないし同一の法分野に適用される超国家的ルール相互の比較)すなわち「垂直的比較」にも比較方法が活用されるにいたり, 比較法は法学における「中核的地位」(core position)を獲得したと論ずる。比較法が大学のカリキュラムの中心となるには大いに革新的でなければならない, 比較法にもとづいた真のヨーロッパ法学教育のための手段(教材)が必要なのである(Fauvarque-Cosson, *The Rise of Comparative Law: a Challenge for Legal Education in Europe* (2007) 3-5, 7)。

第二章のドイツ・オーストリア・スイス比較法学史は, 穏健な概説の体裁をとっており, 五十嵐教授の周到な業績が参照できるわが国ではいささか魅力に乏しい。ドイツにおいては法族論はフランスほど重視されなかったとしてツヴァイゲルトの法様式論の恣意性を指摘したり(90-91頁), 比較法学者としてのケメラの卓越性を説いたりする項は興味深かったが(87頁, 94-96頁), スイスおよびオーストリアの比較法学史の叙述は貧弱であり(スイス民法典の父オイゲン・フーバーの比較法観に言及しているが〔74頁〕, ドイツ・パンデクテン法学の導入をはかったヨーゼフ・ウンガー——ツヴァイゲルト=ケッツ〔大木雅夫訳〕

『比較法概論 原論(上)』(1974年) 299-300頁も詳細に言及している——はとりあげられていない)、ドイツからの亡命比較法学者の業績についての解説も不十分である(ラーベルにつき、83-84頁, 87頁)。マックス・プランク外国私法および国際私法研究所の詳細な解説も必要であろう(比較法研究所に関しては、88-89頁)。

イタリア比較法学を現代に重点を置いて概観する第三章は、おそらく英文による初めての通史であり、比較商法学者アスカレリ、ロトンディの業績の紹介にとどまっていたわが国にとっては実に貴重な論考である(野田良之「トリリオ・アスカレリ 比較法と解釈論に関する研究」法律時報 26 卷 6 号 54 頁 [1954 年], 同「トリリオ・アスカレリ教授を憶う」法協 77 卷 1 号 69 頁 [1960 年], マリオ・ロトンディ [野田良之=小菅芳太郎訳]「法技術・法教義学・比較法」法協 85 卷 2 号 125 頁 [1968 年])。イタリア現代比較法学の父ゴルーラの業績をより深く解説して欲しかったところであるが(ただし、ゴルーラの主著 *Il Contratto* [1955] については、ラインシュタインが簡潔な書評を発表している [40 *Am. J. Comp. L.* 452]。同書第三版の書評として, Rouhette, 2004 *R. I. D. C.* 753), サッコの「法的フォルマント」論に代表される「純粹科学」アプローチが主流を形成しているとの指摘や、学際的アプローチがイタリア比較法学の特色であるとする解説は興味深かった(本書刊行後にサッコの著作の仏語版が出版された。R. Sacco, *Anthropologie juridique* (2008, Dalloz); id, *Le droit africain* (2009, Dalloz). 前者につき, Le Roy, 2009 *Rev. int. dr. comp.* 237 の書評が詳しい)。

イギリス比較法(史)学の分野では、わが国には従来メイトランド、ヴィノグラドフ、ガッターリッジ、ローソンの著作が集中的に紹介されてきたにとどまり(水田義雄『英国比較法研究』[1960年]も参照)、本書第四章のケアンズ論文によって全体像を把握することが可能になったといえよう。ガッターリッジと同時代のパイオニアたちについても、ケアンズは法制史家にふさわしい偏らない叙述を展開している。イギリス比較法学がまず大英帝国の植民地政策への奉仕というきわめて実務的要請から発展するとともに、イギリス比較法学の巨匠たち('greats')がローマ法と歴史につき深い造詣を有していて、実定法学・裁判

実務との架橋に必ずしも配慮してこなかったことから (Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom* [2003] 9 ff.), わが国への影響は限られたものであるが, カーン・フロイントの比較国際私法論, ジョロウィッツの比較民事訴訟法論, Markesinis の比較不法行為論, フォゲナウアー (現オックスフォード大学比較法教授) の比較法解釈論などが注目に値するであろう (フォゲナウアーは, その代表作 *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent* [2001] 全2巻で, 過去10年間に刊行された法史学上のもっとも傑出した作品に与えられる *Preis des Deutschen Rechtshistrikertages* を2008年に受賞した)。

第五章のクラークによるアメリカ比較法学史は, アメリカでの研究が充実している「比較法と歴史法学」のテーマと, 外国法実務および比較法研究の組織化の問題に力を入れ, ヨーロッパからの亡命比較法学者の活躍と比較法学の現代史・同時代史についてはわずかに筆を費すにとどまる。したがって, この論文では, ウィグモアとパウンドが独立に検討の対象とされているにすぎず, シュレージンガー, ラインシュタイン, エーレンツヴァイク, メリマン, ヴォン・メーレンらの多彩な研究を十分に採り上げていないうらみがある (わずかに末尾で比較法学をめぐるシンポジウムに言及するのみである)。現代アメリカ比較法理論史の密度の濃い叙述を期待したのは私のみであろうか (なお, クラーク論文の叙述に付け加えるとすれば, Lasser, *Judicial Deliberations* [2004]; id, *Judicial Transformations* [2009] を挙げておきたい。比較法学の方法論を自覚的に展開するアカデミシャン [コーネル大学] である)。

わが国の比較法学者によるソ連民法典およびソ連の法律家に対する分析としては, 大木雅夫『比較法講義』(1992年)を挙げることができるが (同書228頁以下・361頁以下), 本書第六章のKühn論文はチェコ, ポーランド, ハンガリーを中心とする東欧諸国の包括的な比較法学史を提示し, とりわけハンガリーを代表とする比較憲法学の水準の高さを強調していることが特筆されるべきであろう。《法文化のイデオロギー的相違を除けば, ソヴィエト法の概念もヨーロッパ大陸法の伝統と異なるものではない》と著者は穏やかに指摘するのであ

る。

本書第七章の北川論文については、すでに(7)で疑問を呈したので、ここでは再論しない。「東アジアにおける比較法の発展」というテーマに対する報告としてははなはだ偏った内容ではなかろうか。

ラテン・アメリカ比較法学史はむろんのこと、比較法学者によるラテン・アメリカ法研究すらきわめて不足しているわが国にとって、第八章のクラインハイスターキャンプ論文はきわめてみごとな概説である(比較法学者野田良之による先駆的業績として、野田「エスパニャ語国の法の研究の必要」スペイン図書4号[1961年]、同「アルヘンティナ共和国婚姻法」宮崎孝治郎編『新比較婚姻法Ⅲ』[1962年])。著者は、「ラテン・アメリカ立法の多くが外国に淵源を有するという事実があるから、比較法が格別の実務的重要性をもつことになる。ラテン・アメリカの法律家は比較法に目を向けざるをえない。したがって、比較研究はラテン・アメリカの法律家にとってしばしば意識されないほど普通のことなのである」(300頁)と、この“rough sketch”(263頁)をしめくくる。ラテン・アメリカ比較法学の高度の折衷主義の弊害も指摘されているが、高名な入門書であるメリマン『シヴィル・ローの伝統——ヨーロッパおよびラテン・アメリカの法制度への入門〔第三版〕』(2007年刊)の共著者にヴェネズエラのUniversidad Metropolitana ロー・スクール学長の Rogelio Pérez-Perdomo が起用されたことから、その充実ぶりは推測することができよう(Merryman / Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America* (3ed, 2007))。ただし、スペイン比較法学史についての叙述を欠き、また個々の労作の比較方法を具体的に解析しているわけでもないため、筆者にとっては若干の不充足感が残った。

以上をもって本書第一部までの紹介と論評を終える。まさに、「比較法は普遍科学であるが、国ごとに顕著な特色を有する」(本書36頁)と要約できるであらう。